

认识相对主义与诉讼的竞技化

张 建 伟*

内容提要:在当前证据法学研究中,存在着将认识相对性加以绝对化的倾向,由于实质真实的发现被认为是不可能的,因此形式正义取得了凌驾实质正义的地位。在这种观点的影响下,诉讼在一定程度上成为一种只重形式不重实质的活动,诉讼变成输赢之争而非是非之争。因此,新一轮对诉讼程序的轻视随之产生,其突出表现是普通程序简易审和引入“辩诉交易”。为了防止实质的不正义为程序正义所掩盖,我们应当重新审视客观真实的价值。

关键词:认识论 相对主义 司法竞技 客观真实

无论是程序法还是证据法,都是以一定的认识论作为基础的^[1],而认识论无疑是哲学中异常艰难的问题之一,不仅流派众多,观点纷呈,而且索解不易,令人莫衷一是。认识论的各种纷繁复杂的观点涌入我国程序法学和证据法学研究,不仅对证据法学原有的一些观点产生了冲击,而且直接波及整个程序法学和证据制度的基础,使之发生松动。当前在证据法学研究方面一些学术观点发生了明显的变化,这一变化尤以认识相对主义的观点和对这种观点的夸大理解最具影响力。这一影响的表现是多方面的,其中既有可喜之处、又有可忧之处,最可忧的一点是诉讼游戏化倾向的出现和加剧,而这一倾向是与认识相对性的绝对化有关的。

并非所有的案件都能发现真相,并不能推导出所有的案件都不能发现真相的结论。事实上,在大多数案件中,人对案件的主观判断是能够与客观情况相吻合的(需要注意的是,这种吻合并不强求在所有细枝末节上都绝对一致)。这种乐观态度并不意味着否认人的认识能力的有限性,事实上,对这种有限性的认识,正是人们长期以来寻求克服主客观障碍的技术方法以避免在裁决案件时发生误判的基本出发点。将人的认识的相对性加以绝对化,只会消解人们努力探求案件真相的内心驱动力,从而为司法中因懈怠和专横引发的误判提供逃避责任的遁词。

一、认识相对性的绝对化与新的正义观

对于人的认识能力问题,素来存在颇多争议。如果用最简约的形式来表达,则可以大致分为三派,一派为认识绝对主义,绝对主义者对于人的认识能力抱有“理想主义”的态度,强调认识的绝对性,认为人们有能力发现事实真相。一派为认识相对主义,相对主义者对于人的认识能力抱有“现实主义”的态度,强调认识的相对性,认为发现事实真相是不可能的。一派为折衷主义,有些认识论观点,

* 清华大学法学院副教授。

[1] 参见张建伟:《证据法学的理论基础》,《现代法学》2002年第2期。

很难明确将其界定为绝对主义或者相对主义。例如辩证唯物主义认识论就一方面从人类作为一个不断繁衍接续的整体的角度出发,认为世界是可以认识的,人的认识能力是无限的,这显然是绝对主义观点;同时又从一定时空内人的认识有限性出发,认为对某些事物的观察不一定会发现其真相,人的认识能力是有限的。这种观念就混合了认识绝对主义和认识相对主义。

受过辩证思维习惯长期熏陶的我国诉讼法学者本不应有将认识能力推至绝对化的表现,但行文有时却不免夸大,比如现在被一些学者反复诘难的、陈一云主编的《证据学》中的下列表述,就很容易被引用为认识绝对主义的标本。按照该书的观点,查明案件的客观真实,不但是必要的,而且是完全可能的。这是因为:第一,马克思主义认识论认为,存在是第一性的,意识是第二性的,存在决定意识。人类具有认识客观世界的能力,能够通过调查研究认识案件的客观真实。第二,客观上已经发生的案件事实,必然在外界留下这样或那样的物品、痕迹,或者为某些人所感知,为查明案件的客观真实提供了事实根据。第三,我国司法机关有党的坚强领导,有广大具有觉悟的群众的支持,有一支忠实于人民利益、忠实于法律、忠实于事实真相,掌握一定科学技术的司法干部队伍,这是查明案件客观真实的组织保障。第四,随着社会主义法制的加强,总结司法工作经验、反映现实需要的刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法已先后颁布,提供了查明案件客观真实的法律根据。总之,司法人员只要依法正确收集和审查判断证据,完全有可能对案件事实作出符合客观实际的认定。^[2]

有批评者认为,我们在某一特定情况下是不可能认识客观世界的,因为认识是一个永无止境的过程。在一个特定的情况下,我们能否认识客观世界,无法确定;而在刑事程序中认识案件事实,只能是一个在特定情况下的认识活动。客观上已经发生的事实,确实会留下各种物品或痕迹,但在特定情况下公安司法人员能否会发现这些物品或者痕迹,从而使一种可能性转化为必然性,却不无疑问。至于公安司法人员的素质高低只会对发现案件客观真实情况的可能性产生影响,但高素质的公安司法人员并不必然能够寻找到案件的客观真实。至于诉讼法所能起到的保障发现案件真实情况的作用也被夸大了,因为诉讼法的许多规定不但于发现事实没有帮助,还有消极作用,比如办案期限、举证责任等就是这样的规定。

有批评者甚至断言:“客观真实观是一种最有诱惑力同时也是最有危险性的一种事实观。”^[3]据称,客观真实之所以“最具有危险性”,是因为:其一,客观真实的事实观为刑讯逼供提供了心理原因。在侦查阶段,许多侦查人员根据有限的一些证据,就一般会断定究竟是谁实施以及如何实施犯罪行为的,于是有倾向性地收集能够证明这一结论的证据,容易导致刑讯逼供。“刑讯逼供的心理原因就在于侦查人员认为自己认定的事实是正确的,至少正确的可能性非常大,简而言之,就是客观事实。”^[4]“许多冤假错案就是这样产生的:认定事实的人或机关排斥了当事人对事实发现的参与和辩解,垄断了对事实的发现权,并宣称其发现的事实是客观事实。”^[5]其二,在实践中带来藐视法治的严重后果。“刑事诉讼法中关于保护公民权利的规定都有可能在发现客观真实的幌子下被击得粉碎。相应地,司法权力不受制约的情形越发突出。……因此,我们也可以得出一个基本的结论:单纯的客观真实的要求是与法治的要求根本不相容的。”^[6]这段话中的基本结论是不错的,但客观真实的事实观被如此视为洪水猛兽,却有点过分夸大之嫌,特别是对于客观真实的事实观必然会导致刑讯逼供和藐视法治的断言,似乎说服力不足。我们的刑事诉讼制度并没有要求公安司法人员不择手段地追求客观真实,刑讯逼供和藐视法治的行为确实有出于追求案件客观真实发现的动机者,但更主要的原因还在于刑事诉讼程序设计中缺乏有效的权力制约机制并且为数不少的公安司法人员缺乏依合法程序发现案件真相的

[2] 参见陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社 1991 年版,第 116 页。

[3] 锁正杰:《刑事程序的法哲学原理》,中国人民公安大学出版社 2002 年版,第 106 页。锁正杰并不是批评客观真实说的唯一学者,这里之所以选择他的观点以为商榷,是因为在反对客观真实说方面,他的态度最为坚决,也最具理论深度。

[4] [5] [6] 同上书,第 114 页以下。

职业自律。刑事程序设计中权力制约机制和遵守合法程序的职业自律问题不得解决,伴同“法律真实”的事实观也会发生同样的问题;不仅如此,祛除客观真实的事实观的结果可能导致主观真实的事实观,其结果如果不是同样坏,那就是更坏。客观真实论的激烈批评者大概已经意识到自己对客观真实的苛责有些不尽情理,于是小心翼翼用“单纯的客观真实”暗中加以修正,但却因此遗留了一个问题供人们质疑:如果不是“单纯的客观真实的要求”而是既有“客观真实的要求”又有其他要求,又会怎么样,是否还会“与法治的要求根本不相容”呢?还有就是:大陆法系国家一般强调在刑事诉讼中应实行实质真实发现原则,在民事诉讼中则实行形式真实发现原则,这里的“实质真实发现”与我国客观真实论者在刑事诉讼中汲汲以求的“客观真实”实无二致。那么,在强调实质真实发现的大陆法系诸国,理应也普遍存在严重的刑讯逼供和藐视法治的问题,认定事实的人或机关也会排斥当事人对事实发现的参与和辩解,垄断对事实的发现权,并宣称其发现的事实是实质真实——但为什么却没有呢?

有学者进一步提出:既然认识在具体的现实条件下只能达到相对的真理,那么,如何使这种相对的真理被人们心甘情愿地接受,或者说这种相对的真理在现实中如何取得其权威性,就是一个值得考虑的问题了。他们试图引入“合理的可接受性”的概念,作为进一步思考这一问题之助。^[7]

美国学者希拉里·普特南在《理性、真理与历史》一书中提出了“合理的可接受性”的观点。他指出“在真理概念和合理性概念之间有着极其密切的联系。粗略地说来,用以判断什么是事实的唯一标准就是什么能合理地加以接受。”^[8]普特南注意到,合理的可接受性和真理之间的关系是两个不同概念之间的关系,比如基督教的观点对于基督徒来说,是可以合理地接受的,但并不一定是真理。不过,他又认为事实(或真理)和合理性是互相依赖的概念,一项事实就是可合理地相信的东西,或更确切地说,事实的概念是对于能合理地相信的陈述的概念加以理想化的结果。“合理的可接受性”和“真的”是两个相互在对方身上显露真相的概念。实际上,普特南所指的“合理的可接受性”,乃是指“一个陈述”(关于事实的描述)被人们认为是合理的。^[9]注意到这一点也许很重要,为了说明“合理的可接受性”,普特南提出的例子便是一个对事实的描述——“猫在草垫上”。对于这个事实描述——“猫”、“草垫”、“在……上”是合理的可接受的。应当看到,所谓“合理的可接受性”不是针对事实本身,而是针对关于事实的描述,也就是说,对于某一事实的描述(使用什么样的语句)可以多种多样,^[10]但我们共同接受“猫”、“草垫”、“在……上”这些词句进行表达,是因为它们是被合理的接受的。例如:我们使用“猫”这个概念,这是因为我们认定动物和非动物的分类是有意义的,并且我们对一只动物的种属是有兴趣的。所谓不合理、不具有合理的可接受性,意味着我们无意将这些东西认定为恰当的范畴。普特南对于事实描述的这番观点,对于诉讼认识是否有实际帮助、究竟有怎样的实际帮助,令人怀疑和困惑。

刑事诉讼中的真实既然不是绝对的真实(绝对的真实据说是不能获得的),那它就应当以其具有某种“正当性”而被接受。这种“正当性”表现为:一是认定的“真实”是根据充足的证据合理地推理出来的,具有高度的真实性;二是认定的真实是在合法的程序之中得出来的,具有(程序的)正当性和合理性。这种事实(又被称为“法律真实”)一方面具有相对的真理,一方面又具有正当性,这就具备了“合理的可接受性”。有学者引述凯尔森的话,称法律程序创造了事实。

[7] 前引[6],锁正杰书,第121页。

[8] [美]希拉里·普特南:《理性、真理与历史》,童世俊、李光程译,上海译文出版社1997年版,第2页。

[9] 前引[6],锁正杰书,第212页以下。

[10] 作家韩少功在一篇题为《烟斗》的文章中写道:现代画家马格利特有一幅著名画作为《烟斗》,画面上是一个大大的烟斗,但该画的文字说明却偏偏是:“这不是一只烟斗。”韩少功解释说,马格利特在这里:(1)向观众发出警告,“烟斗画”不等于“烟斗”; (2)解除了语言与具象之间的定释关系,明明是一个烟斗,却被说成不是一只“烟斗”,象与言分离,烟斗之象获得了被重新命名的可能性。韩少功进一步说:“其实,物象的文字命名从来不是天经地义,作为一种临时性约定,在不断变化的生活和感受那里,总是有偏狭乃至荒谬之虞。”韩少功:《暗示》,人民文学出版社2002年版。

不过,从这些论者的诠释中,我们还是清楚地看到,认定的“真实”能够被“合理地”接受,乃是因为其具有“正当性”,而列在所谓“正当性”之第一位的,却是其“具有高度的真实性”,据称这种真实性是“根据充足的证据合理地推理出来的”。当然,从语意上推测,证据是无须“确实”的,只要“充分”而且建立在这一基础之上的推理是“合理”的就可以了,但不顾及证据的确实性又怎能获得“高度的真实性”呢?于是该论者强调这里的“真实”乃是法律上的“真实”,“具有相对的真理性”,也就是说,在事实上它可能就是不真实的——进一步地说,能够被“合理地”接受的、“正当”的“真实”,是这样一种真实:无论是实际的真实还是虚假的“真实”,只要表面上看起来是很真实的(“高度的真实性”)就可以了。

如果在民事诉讼中还可勉强这么说的话,在刑事诉讼中能否也能这样说呢?

我们还可以进一步思考:这样的“真实”能够被谁合理地接受呢?我们看到:法院可以认为其合理而予以接受,因为这一“认定”本来是它作出的;胜诉的一方当然也乐于接受,这一“认定”对于他来说是有利的;败诉的一方也有可能接受,如果这一“认定”恰巧符合实际情况,或者虽然不符合实际情况但倘若真要符合实际情况则自己的景况将会更加糟糕;不了解案件真实情况的一般民众也会接受,他们本来是看客,诉讼结果与他们没有利害关系;立法机关也可能接受,调整社会关系的目的可以依赖这一“合理的可接受性”而达到。不过,如果这一“认定”依赖的是充分而不确实的证据并且“合理”推断出的不符合实际情况的“真实”,败诉的一方得不到预期的司法救济,他是否会认同法院认定的“真实”具有合理性而予以接受呢?如果当事人举证不利遭受败诉,只好自认晦气;但如果情况并非如此,而是由于证据的确实性被排除于法院的视野之外,法院不再对自己认定的“真实”是否符合事实真相承担责任,就形成了法院怎么判都“有理”、怎么判都“正当”的状态,败诉者由此失去了寻求司法公正的机会,他是否会忍气吞声、自认倒霉呢?

此外,据说能够被合理地接受的“真实”,其具有的正当性还表现为“认定的真实是在合法的程序之中得出来的”,即使某一“真实”在事实上是真实的,只要不是经由合法的程序得来的“真实”,就不具有“正当性”,因而就不能被合理地接受。这话在解释非法证据排除规则之类程序设置时是有一定道理的,但却失之绝对化,因为在不少国家的诉讼活动中,不是所有的违反正当程序获得的证据都要无条件地排除,也就是说,不是所有的认定的“真实”都要出自合法的程序,有些认定的“真实”就并非来自合法的程序,它们不具有程序上的正当性不是也被“接受”了吗?

与对于认识的相对性所持的绝对化的观点有关,一些论者的司法正义观也发生了变化。在一些相对论者眼里,所有的案件无一例外地无法发现真相,就是发现了真相也无从知道。没有亲历过案件事实发生过程的法官只能在提供给他证据的基础上对案件做出判决,至于他对该案件的认定是否与客观事实相符合,只有上帝才能知道。按照这样的观点,只要法官根据的是本案提供的证据,并且遵守法定的正当程序进行了判决,判决所确认的事实就被认为是“真实”的——法律上的“真实”。即使后来发现这一“真实”实为“虚假”,法官只要是在遵守法定正当程序的前提下进行的判决,他就始终立于不败之地。甚至有学者极力贬低认识论在诉讼和仲裁中的作用,认为认识活动在诉讼和仲裁活动中不具有实质意义,诉讼和仲裁活动主要是价值选择问题。^{〔1〕}

有人从认识相对主义的上述观点进一步引伸出这样一种观点:实体正义是看不见、摸不着的,人们难以把握,往往不能给出确定的评价,如有的案件究竟应当判三年、四年还是五年,没有一定之规。既然凡人无法确实地知道实体公正是否得以实现,既然只有程序正义——也就是所谓“看得见的正义”——才是人们能够把握的,那么顺乎自然的结论似乎就是:只有程序正义才是值得在诉讼中努力实现和维护的。他们认为,只要是程序正义得到了实现,案件的结果——无论是什么结果——就都应当以其具有程序上的“正当性”而被接受。在一个案件中,如果司法正义的两个方面产生冲突而必须舍弃一个,那么实体正义应当被舍弃,程序正义就此取得至上的地位。于是,人们开始坐拥一种纯竟

〔1〕 前引〔〕,张建伟文。

赛的观念。

二、纯竞赛的观念与诉讼的形式化

荷兰学者约翰·赫伊津哈在《游戏的人》一书中提到:早在古希腊时期,诉讼就被看成是一场法律规则约束的竞赛,“在希腊,诉讼案被认为是受固定的规则约束的一场比赛、竞赛,而且形式庄重。对阵双方最终求助于仲裁人的裁决决出胜负。”^[12]“……法律诉讼是从竞赛的形式开始的。它的这种性质直到今天仍然存在。”^[13]“一桩现代诉讼案中的法庭辩论的风格和语言常常会暴露出一种热衷于争论和反驳的运动员般的激情。”^[14]诉讼的过程本来具有一定的游戏的性质,“法律上的争讼总是服从于一套由限定性的规定所组成的系统。这些规定除了包括时间和地点的限制以外,还把诉讼案牢牢地、坚实地置于游戏的领域之内,对阵双方是按照规则来进行游戏的。我们可以从三点来看待法律和游戏之间,尤其是在古代文化中的积极联系。诉讼案可以看成是一种碰运气的游戏,一次比赛或一场舌战。”^[15]

约翰·赫伊津哈还提到英国法官和律师戴假发、披法衣的习俗,并认为它们与法律诉讼的游戏性有一定的关系。他说:“在我看来,这和十七、十八世纪戴假发的时尚是毫不相干的。法官的假发毋宁是中世纪英格兰的律师们戴的头巾的一种残留物,叫‘考伊夫’(coif),本是一种很紧的帽子。如今的假发的边缘的小白边上仍可见到这种帽子款式的一丝痕迹。但法官的假发并非只是旧式制服的一种余风,它在功能上和野人跳舞时所戴的面具有着密切的联系。它把佩带者转换成另一种‘存在形式’。而且这绝非是英国人特有的强烈的传统意识在法律中保存下来的唯一的古老特色。英国法律诉讼过程中存在的非常明显的冒险性因素和那种幽默感是古代社会中法律的基本特征之一。”^[16]

约翰·赫伊津哈进一步指出:“脱离了抽象的正义观念我们现代人是无法想象什么是公正的,尽管我们对它的理解是那么苍白无力。诉讼对我们来说首先是一种对错之争,输赢只占次要的地位。而现在如果要理解古代的正义观的话,我们需要摒弃的恰恰正是这种价值观上的成见。把目光从高度发达文明中的执法状况转移到文化发展较为落后阶段中的同类情况,我们会看到,输赢的观念,也就是纯竞赛的观念开始比正义与不义这对伦理—法律的概念显得重要起来。在古代人的观念中更受关注的是输赢这个具体问题而非正义与不义的抽象问题。一旦接受了这种淡薄的伦理标准,我们再向后追溯,竞赛的因素将会大幅度地增长。而且偶然的因素也会随之增长。结果我们就会发现自己处在了游戏的领域之内。……人们使正义,而且是极其真诚地,服从于游戏的规则。”^[17]

当诉讼沦为输赢之争而不是对错是非之争的时候,各种形式上的要素、而不是实质上的要素就取得了在诉讼中的支配地位,诉讼就成为一种纯竞技性的活动——即使一场场竞赛是严肃地进行着的。

在纯竞赛的诉讼中,裁判者只关心形式规则是否被恰当地遵守,而不关心事实的真相。对于他们来说,全部职责就是根据一套形式规则来裁决谁胜谁负。裁判者决定胜负却又无须为发现案件真相负责,法官就取得了超然的地位。他所要回答的是谁胜谁负并且加以解释,至于他的判决是否符合事实真相,他不知道,当然也不必关心。他泰然处之的境域乃是一个纯竞赛的世界。

在一场纯竞赛的诉讼中,许多律师所追求的也许就只剩下胜诉,无论这种胜诉是否符合自然的正义(natural justice)。正如一位美国律师说的那样:“最令人兴奋不已的是你有错时打赢了官司!”^[18]

[12] [荷]约翰·赫伊津哈:《游戏的人》,多人译,中国美术出版社1996年版,第82页以下。

[13] 同上书,第82页以下。

[14] 同上书,第84页。

[15] 同上书,第84页以下。

[16] 同上书,第83页以下。

[17] 同上书,第85页。

为了赢得胜诉,律师则凭借其绕开规则付诸实施的不正当行为而陷入道德危机之中,例如:“有些律师单凭经验办事,即击垮讲不利真相的证人,扶持讲有利信息(不论是否真实)的证人。”^[19]“虽然反诘问是诱出真相的最有力的手段,但骚扰式反诘问却是获得真相的最大障碍之一。在嗜好赌博的诉讼中频繁出现的是利用侮辱、含沙射影和使证人不知所措来阻挠证人作证,以达到掩盖事实真相的目的。”^[20]此外,还有诸如提起无意义的诉讼、进行漫无目标的起诉、提出战术性反诉、使用讼棍伎俩和拖延战术、滥用“要求告知”原则、挫败证人等等,不一而足。^[21]

正是由于这个原因,美国民众对于活跃在他们周围的律师可谓又爱又恨,在一些引起公众瞩目的刑事案件审判后,他们常常为辩方律师使用“卑劣”的技巧赢得胜诉而感到愤怒,他们认为正是这些技巧最终让“有罪的当事人逍遥法外”。在O J 辛普森案件审判后,哈佛大学法学院教授、辛普森辩护团成员德肖维茨接到一位素不相识的人的来信,信中表达了对辩护律师为辛普森脱罪的不满:

“老鼠从最小的缝隙逃掉,你的每个卑劣伎俩也是这样。在你看来,‘正义’只是一场游戏——没有别的东西了。你也知道的,正义早就被冲落马桶。整个审判根本就是浪费时间。……你和你的同伙都臭气熏天。呸!你不是为了正义服务的。”^[22]

德肖维茨就此进行辩解说:“刑事审判绝不是单纯地追求真实。当辩护律师代表一个确实有罪的当事人时——就如大部分的情况下——他们的职责是尝试用所有公平且合乎伦理的手段,来防止有关当事人有罪的事实被浮现。如果做不到这一点——无法或者不愿去反对那些不当获得的事实——就是失职。”^[23]“不论你喜不喜欢它——我喜欢它——这是我们的宪法以及法律体系对辩方律师的要求。”不过,德肖维茨也强调,对抗制的法律体系坚持“合法和符合伦理的手段”,那些试图用不合伦理或不法的手段来防止真相大白的人,是“低劣的”,也就是“那种行为举止通常不符合专业且适当辩护角色的人。”^[24]

无论如何,现在有些国家已经注意到诉讼游戏化给实质正义带来的损害。2002年7月英国司法改革报告强调司法制度“不应成为运用拖延和阻挠战术妨碍依法定罪的游戏”,^[25]该报告还引述罗宾·奥德的话说:“刑事审判不是为有罪被告人提供运动机会的游戏。按照公诉方必须举证和被告人不得自己归罪的双重原则,它是寻求事实真相的地方,其目标是判决有罪、释放无辜。”^[26]

受到大陆法系观念熏陶的我国民国时期的许多法学者,对于各种形式上的、繁琐的诉讼规则和证据规则有着近乎本能似的排拒,在刑事诉讼中颇重视发现案件的真实情况。但在民国时期,即便是主要取法大陆法系,诉讼中也不可避免地带有某些形式化的成分,如法袍的穿戴等。但总体上说,对于案件真实情况寄予了很大关注,似乎也没有对是否能够发现案件的实质真实产生过质疑。

诉讼中完全弃绝了形式化的因素而专注于诉讼的实质,是由新型的社会主义司法的代表马锡五在大槐树底下完成的,这种诉讼针对的是户婚财产方面的纷争,它不拘任何诉讼的形式,几乎完全抛弃了诉讼中具有强烈竞技性质的形式因素,其息解纷争的便捷性受到一般民众的拥戴,“马锡五审判方式”至今为中国的法学者耳熟能详。与马锡五审判同时进行的,是一些以群众大会形式进行的刑事审判,此种审判将法庭审判的形式化因素破坏殆尽,同时将群众运动的许多因素填充进来做了补充。

如今人们似乎意识到,诉讼应当具有一定的仪式性,案无大小,事无巨细,都采取负曝听证、倚树审判的方式就完全抹去了司法的各种符号,而司法的各种特定符号的缺失可能使诉讼失去某些形式上的功能,如审判的严肃性和刻意营造的公正气氛因此被荡涤殆尽。我国的法律部门调整法庭布局,

[18] [19] [20] [21] R. J. Gerber, *Lawyers, Courts, and Professionalism*, p. 103. 转引自黄列:《美国律师在诉讼中的道德危机》,《外国法译评》1996年第2期。

[22] [美]德肖维茨:《合理的怀疑:从辛普森案批判美国司法体制》,商周出版公司2001年版,第249页。

[23] [24] 同上书,第249页以下。

[25] 最高人民法院法律政策研究室组织编译:《所有人的正义》,中国检察出版社2003年版,第18页。

[26] 同上书,第7页。

增设各种“正义的行头”,制定各种形式的规则,取消带有军事法庭色彩的大沿帽,这种种变化,是重新找回诉讼的传统程式的举措,在社会中广受瞩目。不过,在进行各种形式上的“革新”之时,纯竞赛的观念可能会蹶足而来,我们需要自我警醒,那就是诉讼形式方面的变化固然是需要的,但是更重要的,是司法的实质正义,如果冷落了诉讼的实质,而在竞技化的诉讼中迷失,这样的革新是得不偿失的。

三、从实质真实全面退却

作为诉讼认识论上向客观真实提出颠覆性挑战的结果,不少学者在刑事诉讼领域从客观真实向主观真实、从实质真实向形式真实倒退。主观真实、形式真实是以“法律真实”^[27]这一稍嫌暧昧的词语加以表达的。

正如人们通常所了解的那样,当事人主义与职权主义在诉讼进行中采取的方法存在较大差异,刑事诉讼与民事诉讼的性质也有所不同,故而在诉讼中真实发现的程度也存在差异。

当事人主义诉讼模式,认为诉讼是解决当事人纠纷的活动,不仅其进行以当事人为主,就是其所发现一般也以当事人提供的材料为限,重在程序的公正,以确保个人自由,其真实,被称为当事人的真实。审判不是探求真相的科学方法,而是争论的解决方法。职权主义诉讼模式,认为诉讼是行使国家刑罚权的程序活动,不仅诉讼的进行以法院为主,就是其所发现也追求适于行使刑罚权之真实,重在实质真实发现,借以确保社会安全。我国台湾的陈朴生先生指出:“其所发现之真实,虽重在实体;但诉讼之进行及证据之调查及其证明力之判断,均系于法院之身。因认其真实,为法院之真实。”他还指出,这两种诉讼模式都存在不足,“乃近今立法例莫不重视补救当事人主义及职权主义之缺点加以调和,期其所发现者,为实体的真实,又不影响程序的公正。”^[28]

由于刑事诉讼程序乃是国家为确认刑罚权的有无及其范围大小而设定的,在大陆法系国家,法官审理刑事案件,主动调查检察官所提出的有利与不利于被告人的证据以及辩护方提出的证据,借此期望发现案件的实质真实,而不以形式真实为满足。在英美国家,法官恪守消极的准则,一般不主动依职权调查证据,但对抗制诉讼模式中注重发挥控辩双方的积极作用,其用意毕竟也在于通过诉讼的对抗性达到发现案件真相的目的。由于民事诉讼涉及到的是原告与被告的“私权益”,原告与被告在诉讼活动中各自提出有利于自己一方的诉讼证据,法院只依据双方提供的证据进行裁判,不主动依职权进行调查。在一些国家和地区,这一通常做法是有例外的,其例外就是,对于涉及重大社会利益的民事诉讼,如婚姻事件程序及亲子关系事件,法院可以依职权调查证据,调查并判断当事人未提出的事实。在我国当代司法活动中,无论是刑事诉讼还是民事诉讼,都曾以发现案件的实质真实(我们习称为“客观真实”)为归宿。

伴随学术领域就认识论所展开的讨论,司法实践中出现了从实质真实发现原则向形式真实发现原则退却的现象。实质真实与形式真实的一个重大区别,是法院对于事实的认定是否受当事人的意思表示拘束。法院对于事实的认定不受当事人意思表示的拘束,务期发现真正的真实的,为实质真实发现原则。^[29]法院对于事实的认定受当事人意思表示的拘束,仅须发现形式的真实的,为形式真实发现原则。^[30]英美国家对于刑事被告人的自愿承认有罪,可以不必进行法庭调查直接认定其有罪,实行

[27] 客观真实和实质真实指的都是符合案件本来面目意义上的真实,只不过,这两个名词代表的角度有一定的差异,前者强调该真实是独立于人的主观意志之外的真实,后者强调真实的实质性。不赞成客观真实,意味着站在它的对立面——主观真实的立场上;不赞成实质真实,则意味着站在它的对立面——形式真实的立场上。但耐人寻味的是,并没有多少人在刑事诉讼领域明确提出赞同主观真实、形式真实,他们用来反对客观真实的,是所谓“法律真实”。

[28] 陈朴生:《刑事诉讼制度于实体的真实主义之影响》,载《法学论集》,中华学术院1976年版。

[29] [30] 参见朱采真:《刑事诉讼法新论》,世界书局1929年版,第39页。

的实际上是形式真实发现原则,但对于被告人不承认有罪或者保持沉默的,则需要通过控诉方的法庭举证达到说服陪审团确信有罪的程度。在大陆法系国家,刑事诉讼中实行实质真实发现原则,不受被告人认罪的约束,即使被告人已经认罪,法院仍需调查必要的证据,确认该供述的真实性。

民事诉讼所涉及的主要是个人权利问题,包括财产权、人身权等实体权利,还涉及诉讼程序的公正性以及诉讼效率问题。刑事诉讼涉及的主要是公共权利问题,判决的结果直接以被告人的人身自由甚至生命的予夺为内容,“定罪的后果是非常可怕的,在人们的眼里,一个无辜的人被定罪,无论如何都是一场巨大的灾难。”^[61]在英美国家,刑事诉讼与民事诉讼的界限在某些环节上以相同的原则运作,如刑事被告人的自愿承认有罪与民事被告人的承认具有相似的法律效力,但在刑事诉讼中,支持控诉所需达到的证明程度比民事诉讼要高,前者需要达到“排除一切合理怀疑”的程度,后者只要具有占优势的证据就可以胜诉。大陆法系国家,对于刑事诉讼实行实质真实发现原则,对于民事诉讼实行形式真实发现原则。

我国刑事诉讼法要求准确查明犯罪事实、保障无罪的人不受刑事追究,“有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚”,就体现了实质真实(我国一般称“客观真实”)发现原则。上诉审中实行全面审理原则和审判监督程序的设置,也体现了这一原则。被告人认罪仍然要进行严格的证明,是实质真实发现主义的必然要求,也是我国长期司法实践的经验、教训的总结。

但司法实践已经在由实质真实发现原则向形式真实发现原则退却。在被告人“自愿认罪”的基础上不进行或者不完全进行法定程序所要求的调查,迳行或者以自行简化的程序判决被告人有罪,是我国刑事司法实践从实质真实向形式真实退却的典型表现。^[62]

作为实质真实向形式真实退却的另一重要表现,是法官在实质真实发现方面全面卸责。在当前我国的司法改革当中,最突出的是法官发挥职能的方式的变化,法官由一个积极的调查者的角色转变为一个消极的仲裁者的角色,而这意味着在真实发现方面法官正在卸去自己的责任。

对于法官的消极形象,一位来自德国的知名学者给予热情的赞颂。他认为,许多国家在审判方式改革中完成或者进行着由职权主义调查式向当事人主义对抗制的转变,“看起来一致赞同讯问式的审判不再符合法院在现代社会应扮演的角色。法官在审判中作为主要讯问机关行事必须被视为十九世纪的残余。众所周知,在旧的纠问式审判中,法官既是调查官,同时又是裁判官。这种审判方式于上个世纪在欧洲大陆国家被称为‘改革的程序’所取代。这种改革将法官与控诉人的职能分开。但是,这种改革不彻底,因为它保留了法官在审判中的调查职能。讯问式审判是十九世纪等级思想的典型,它强调在发现真相过程中的官方控制,于是不难保留法官在审判中作为主要的调查机关。”^[63]

不过,随同这一转变,有一个问题需要得到解决。那就是:法官是否再为案件的实质真实发现负责?在我国的刑事诉讼中——如同一些大陆法系国家一样——法官需要为发现案件真相负责。法官变得消极后,如果这将会意味着法官不再主动依职权调查取证,那么谁为案件的实质真实负责呢?

在当事人主义诉讼中,因法官是消极的,则在实质真实的发现存在一定缺陷;在职权主义诉讼中,因法官是积极的,则在实质真实的发现方面存在优势。我们的审判方式改革应当力求避免法官消极而带来的缺陷,尽量在强化程序公正的同时,不过分损害实体真实的发现。

[61] [英] W·塞西尔·特纳:《肯尼刑法原理》,王国庆、李启家等译,华夏出版社1987年版,第484页。

[62] 2002年4月,黑龙江省牡丹江市铁路运输法院曾尝试采用“辩诉交易”制度审结一起刑事案件。在这起案件中,被告人孟广虎因涉嫌故意伤害被捕,检察机关认定孟广虎的行为是造成被害人重伤的主要原因,但由于其他犯罪嫌疑人在逃,且收集证据困难,在辩诉双方存在严重分歧的情况下,辩诉双方达成协议:辩方同意认罪,并承担民事责任;控方同意建议法院对被告人适用缓刑从轻处罚。牡丹江铁路运输法院对协议严格审查后予以确认,此案开庭仅用了25分钟。牡丹江市铁路运输法院院长周宝成谈起这次尝试时说,采用“辩诉交易”尝试的倡导者是牡丹江铁路中级人民法院和省高级人民法院,有关领导去美国考察过辩诉交易的情况,我们手头正好有这样的案子,所以试行了辩诉交易。

[63] [德] 约阿希姆·赫尔曼:《德国刑事司法制度》,在中国政法大学的讲座录音整理稿。

在刑事公诉案件中,我们可以在检察官和警察的积极作为中获得对案件的真实发现。但法官的消极如果不伴同辩护方诉讼能力的增强的话,诉讼中仍然存在着失衡的状态:辩护方不能以较强的诉讼能力(特别是收集、提供证据的能力)进行防御,法官本可以以主动、以职权调查帮他一把,如果法官一味追求消极,程序的表面上的公正就会损害实质上的公正。在刑事自诉案件中,这样的坏运气会降到被害人头上,如果法官不主动依职权调查取证,许多被害人就难以真正获得法律的武器维护自己的权利和获得司法救济。我们也许不得不顾及这一现状,法官的平衡作用有时也需要靠一定的积极作为来达到,否则就出现正义^[64]对一些人太好了,对其余的人就不够好。

所以,在法官由积极徐徐退向消极的时候,法官在调查案件事实、发现事实真相的能动作用,不应随着这一变革而烟消云散。因为,缄默不一定等于专注,消极也可能归于冷漠。

四、对诉讼程序的最新一轮轻视

当实质正义渐遭冷落的时候,人们对程序正义奉献了许多溢美之词。如前文所述,认识相对性的绝对化在帮助抑实质正义而扬程序正义方面扮演了重要角色。不过,不知是否会令人感到意外——追踪而至的竟是新一轮对诉讼程序的轻视。仔细想来,这是无足为怪的:认识相对性的绝对化与以形式发现主义为归依的刑事司法“改革”,有一个共同的因素一以贯之,那就是在刑事诉讼领域都以发现案件的形式真实为满足,而不以发现案件的实质真实为归宿。

上文提到的“辩诉交易”在我国尚属特例,更普遍的一项“司法改革”是所谓“普通程序简易审”,其简化的程度可以达到15分钟、20分钟审结一起刑事案件,这一“改革”是在公正与效率的口号下进行的,究其实,真正起操纵作用的,乃是对效率价值的片面追求。

不必赘述,效率是司法的一项重要价值。无论对于富裕的国家还是像我国这种发展中国家来说,如果有司法资源投入较小而又无损于公正和廉洁的制度,就应当优先考虑采行这样的制度。当然,效率作为一项低于公正价值层次的价值,只有在公正得到有效保障的条件下才能进行这类选择。因此,出于提高司法效率的目的而试图将审判程序简化的过程中,必须考虑什么是应该简化的,什么是不应该简化的。

我国刑事简易程序的设计基本上是可行的,其中将简易程序适用的范围确定为“依法可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金”并且事实清楚、证据充分的案件,这一范围已经被广泛认同。但也有不少人认为,它的范围还应该扩大,^[65]除非判处死刑的案件(也有人建议无期徒刑以下的案件或者判处10年以下或者5年以下的案件),只要被告人认罪,就应该适用简易程序,主张者给人留下最深印象的一个理由是:“既然被告人认罪,还有什么可审的?”对于这一主张,司法机关表现得更为热心,当法律还没有得到修改的时候(是否会进行这样的修改,还是个未知数),它们已经在这样做了。

其实,我国简易程序的范围的设定并不算狭窄,与英美国家相比,我国适用简易程序的范围当然不广,在英美国家只要被告人自愿认罪可以不经法庭调查直接转入量刑程序,未免令我们的审判制度瞠乎其后;但与日本相比,我国的简易审判范围要宽得多。在日本,适用简易程序的条件是:(1)相当于死刑、无期或者1年以上惩役或禁锢以外的案件;(2)被告人作有罪供述的;(3)认为适用简易程序是相当的。^[66]在日本,适用简易程序的案件是判处“1年以下”的案件,远低于我国的适用范围。在考虑是否适用简易程序的时候,日本刑事诉讼法还要求遵守“相当原则”。按大陆法系国家的刑事诉讼传统,在刑事诉讼中实行实质真实发现主义,即使被告人自愿认罪,也须进行证据调查,以判明是否

[64] Justice,同时又有“司法”、“法官”的含义。

[65] 参见谭世贵主编:《中国司法改革研究》,法律出版社2000年版,第209页。

[66] 参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2000年版,第213页。

应当定罪及量刑。这有利于发现案件真相,也有利于维护被告人的权利。从这一角度出发,我国的简易程序的范围是不宜再扩大的,有关简易程序的改进应立足于完善现有的诉讼程序。^[37]

在程序正义的口号被广泛认同的今天,刑事司法程序的功用已经无需强调。要体现刑事司法程序的价值,简易程序的适用就应当加以节制。因此,在确定简易程序的范围的时候,必须对其涉及的刑事司法价值进行权衡,不能采效率优位的原则随意扩大它的范围。

英国学者对于将简易审决权扩大到审理与认定应予正式起诉的案件时曾做出这样的评价:“毫无疑问,这一政策使得审判更为迅速,而且大大节省了开支。但是,有许多案件,由于其意义重大,或案情复杂,本应由陪审团审理,但却被简易处理。而且,为了将案件交由治安法官管辖,出现了无视比较严重的因素而以不太严重的罪名处理案件的倾向。……这一倾向的结果是,刑事陪审团已趋于名存实亡。”^[38] 鉴于法官和陪审团审判所具有的价值,即由法官或主审法官与陪审团一同审判,虽然“可能导致许多有罪者被宣告无罪开释,但无辜者无疑可以受到比在由非专职的治安法官所组成的法庭更可靠的保护。”^[39] 不仅如此,就简易程序来说,被告还有着实质上的战术性的不利,在英国,简易程序使被告人“事先不能知道控诉证据,这是治安法院程序的一个严重缺点。……从被告的立场来看,简易程序的另一不利之点是:在绝大多数情况下,在治安法官面前被定罪的可能性比在陪审团面前要大得多。这一论断在某种意义上来说是不能证明的,但这看来却是大多数有经验的辩护律师们的既定结论。”^[40] 因此,一些高级法院的法官指出:只有在不具有犯罪情节重大的情况下,才能行使简易审决权。这些观点,是值得我们在考虑简易程序和将普通程序简化的问题时深思的。

就我国的普通程序审判而言,效率不可谓不高。事实上,绝大多数案件都在一个半天审完,很多审判员甚至一个半天可以开庭审完两个刑事普通程序案件,即使是杀人案件这样的重大案件,也一般在半天内审完。普通程序审判具有比较高的效率有其特定原因,那就是:我国刑事诉讼活动的重心在侦查阶段,案件已经水落石出并有十足的定罪把握才被起诉到法院,因而法庭并不是展开实质性调查的场所,而只是进行审查核实的地方,法庭审判容易流于形式。许多案件没有证人、鉴定人出庭,法庭对证人、鉴定人进行质证是耗费时日的活动,已经被宣读甚至摘要宣读证言笔录、鉴定结论所取代,这就使诉讼时间被极大地压缩了。我国的法庭辩论往往不能充分展开,特别是没有辩护人的法庭更是如此。我们不实行陪审团制度,没有繁琐的筛选陪审员的过程,也是诉讼效率较高的重要原因。

如果要进一步简化程序,实行所谓“普通程序简易审”,即在法庭调查、法庭辩论等法庭审判的各个环节进行简化,容易使一个本来就很“简易”的普通程序几乎化为乌有(有媒体报道,有的被简易化了的普通程序案件开庭审判只用了20分钟),或者使案件含糊了结。这种完全省略举证、质证程序的做法“不仅在程序上有剥夺被告人辩护权之嫌,而且在实体上有可能发生错判或出现量刑偏差。”^[41]

[37] 毋庸置疑,在适用简易程序的程序条件上,我国的法律设计还存在一定的缺陷。按照我国刑事诉讼法第174条的规定,简易程序的适用须得人民检察院的建议或者同意,并由人民法院决定,没有将辩护方的意见作为适用简易程序必须加以考虑的因素。实际上,适用简易程序所判处的刑期较轻,案件审理期限较短,往往被认为对被告人有利;但由于简易程序将保障被告人权利的诸程序简化掉,简易程序不尽对被告人有利,因此在一些国家的刑事诉讼中,适用简易程序须征得被告人本人的同意。我国最高人民检察院刑事诉讼规则第309条规定,被告人要求适用简易程序的,不得建议或者同意适用简易程序;最高人民法院关于贯彻刑事诉讼法的司法解释也有类似规定。这一规定是允当的,我国刑事诉讼法应吸收这一规定。在当前的刑事司法实践中,简易程序的适用率不高的问题引起许多学者的注意,究其原因,主要是普通程序普遍存在着实际上被简化的现象,简易程序并不能在此基础上提供进一步简化的余地,使简易程序的经济价值得不到凸显;简易程序的决定过程也存在繁琐化的现象,人民检察院建议或者同意适用简易程序和人民法院决定适用简易程序,在我国高度行政化的体制内,内部批准或者决定的环节较多,反而不如适用简易程序简单明了,故而有权决定适用该程序的机关对适用该程序积极性不高。

[38] [39] 前引[31] J·W·塞西尔·特纳书,第600页以下。

[40] [英]大卫·巴纳德:《诉讼中的刑事法庭》,中国人民大学校内用书1985年版,第155页。

[41] 陈光中、汪海燕:《刑事诉讼中的效率价值》,载曹建明主编:《公正与效率的法理研究》,人民法院出版社2002年版,第476页。

有论者提出,普通程序简化审理可以使司法资源集中投入到那些大要案当中去。但实际上,我国刑事诉讼法已经设立简易程序,普通程序适用的对象无不涉及公民名誉、人身自由、财产予夺的重大事项,怎能不慎重对待?!

与“普通程序简化”审理的基本精神一脉相承的,是辩诉交易的做法。辩诉交易似乎确实体现了某种“合理的可接受性”,它是检察官与被告人或者他的律师进行协商从而达成双方均接受认罪协议的诉讼活动。在美国,辩诉交易被认为“对于公诉人和被指控者均有利。它所产生的‘互利性’足以支持较高的辩诉交易率。”^[41]在辩诉交易中,为控诉方做出牺牲的,是案件的真实发现,人们称辩诉交易罔顾被害人一方的利益,其原因恰恰植根于此。

事实上,美国的辩诉交易是在对抗式诉讼效率过分低下、案件大量积压、金钱耗费惊人的情况下产生的,这种诉讼制度的存在还与对抗制诉讼的结果对于控辩双方来说具有高度的不确定性、被告人的自愿认罪被看作是民事诉讼当事人的自认具有同等的不需要进行证据调查的效力等因素有关,它是在这些因素的作用下被接纳的。尽管在美国辩诉交易几十年来一直被广泛运用,但处于隐蔽状态,直到1970年在美国联邦最高法院就布雷迪诉合众国(Brady v. The United States)案作出裁决,“承认明示答辩中辩护律师的重要性后,答辩交易终于获得了合法性的地位。”^[42]1971年在桑托拜洛诉纽约(Santobello v. New York)案中,美国联邦最高法院批准了辩诉交易的做法,并认为这一做法是“非常令人想望的”,是“司法的重要组成部分”。^[43]不过,有学者指出:“我们实行辩诉交易并不意味着失去正当程序的价值观,但有失去的危险。”^[43]由于这种交易往往忽略被害人的利益,通常,被害人一方就不认为这一协议具有“合理的可接受性”,由于这个原因,辩诉交易制度仍受到不少学者和一般民众的批评;还有人指责说,为了达成这一交易,一些指控被终止、刑罚被减轻,辩诉交易允许有罪的人逃脱对其罪行的完全惩罚;另一方面,这一制度又可以使无罪的被告人为了避免严厉的刑罚而选择作有罪答辩。也许与上述理由有关,因此这一制度为其他许多国家的法律所不采。

我国刑事诉讼中也没有这一制度。在我国,实际并不存在实行这一制度的内在机制和压力。我国刑事司法活动注重实质真实发现,只有被告人认罪没有其他证据的,不能认定其有罪和判处刑罚。而辩诉交易则是以形式发现主义为基础的,只要被告人认罪而且此一认罪是出于自愿的,基于人的理性预设,就不必进行法庭调查直接进行量刑。这种做法明显异于我国以及大陆法系国家刑事诉讼的基本精神。事实上,我国不具备辩诉交易的基本条件,贸然采行这一制度,容易酿成冤错案件。要实行辩诉交易制度,至少应有两个条件,一是切实保障有罪供述的自愿性,杜绝刑讯逼供和其他非法获取口供的做法。在我国刑事司法中刑讯逼供现象还普遍存在,在不少地区还相当严重,因被告人在法庭上作了有罪供述就不再进行法庭调查,直接根据他的供述进行定罪量刑,对于实体公正是一种卤莽的冒险行为。二是实行强制辩护制度,有律师参与,使被告人的认罪能够事先征得律师的意见,保证认罪确实能够为其带来益处,否则一个理性的人应当选择不认罪。

普通程序简化审理和“辩诉交易”,直接违反了我国现行有效的刑事诉讼法,表现出对程序法定原则的漠视。这些“改革”显露出从繁琐的程序中退却的愿望,实践中这种违反“军令”自行撤退的做法并不仅仅限于从繁琐的程序中退却,它还意味着更多的值得关注的心理现象和外在表象。诸如:

我国立法机关掌握着制定和改变法律的权力,这项权力是一项积极权力;审判机关只有执行法律并为了满足这一功能而解释法律的权力,这项权力是一项消极权力,审判机关并没有改变法律规定或者另行规定的权力;同样作为司法机关的检察机关的权力虽然是积极的,但这项权力也没有创设新的

[41] [美]彼得·G·伦斯特洛姆编:《美国法律辞典》,贺卫方等译,中国政法大学出版社1998年版,第190页。

[42] [美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克:《美国刑事诉讼程序》,陈卫东、徐美君译,中国人民大学出版社2002年版,第413页。

[43] [美]苏斌(Harry I. Subin):《美国司法制度》,1993年7月在中国政法大学讲座录音整理稿。

法律的内容。普通程序简易化审理和辩诉交易的做法都是在没有法律依据,而且与现行有效的法律直接冲突中进行的,司法机关根据自己的价值判断或者便利的考虑,突破了司法者的界限,变成了既执法又立法的角色,造成国家权力的界限变得模糊不清。司法机关认为法律需要进行修改或者补充,应当向立法机关提出立法建议;如果进行“司法改革”试点,应当在模拟案件中实施;如果在真实案件中实施,至少需要经过立法机关的特别授权。不能未经立法或者立法机关的特别授权而撇开现行有效的法律而另搞一套。否则,可能会破坏现代法治国家的格局,而且必定会动摇人们对法制的信心。

普通程序简易审和“辩诉交易”,是认为程序可有可无的思想观念发生着惯性作用的结果。在司法改革过程中,我国刑事审判“走过场”、“走形式”的问题尚没有得到根本解决,现在连这样的“过场”、“形式”也不要了,这明显是轻视程序价值的表现;而只要被告人认罪就无须进行充分的法庭调查和辩论,也无须顾及法定的证明标准,更是轻视实体正义的一种表现。

静下心来,我们会发现,以发现形式真实为满足与过分夸大人的认识能力的相对性的认识论观点互为表里。普通程序简易化审理和“辩诉交易”的做法蔚为时尚,是因为它们被看作具有“合理的可接受性”。这“合理的可接受性”就是:由于实质真实的发现不可能,人们遂满足于发现形式真实,让法院的判决受当事人意志的约束,法院无须再以损伤效率的方式进行“辛辛苦苦”的查证,更无须再以发现案件的实质真实为目标。

五、为客观真实辩护

在行将结束本文的时候,需要反过头来看一看该如何理解客观真实和人们在诉讼中能否发现客观真实。^[44]

我们可以引用奥地利哲学家路德维希·维特根斯坦的话来解读客观真实。维特根斯坦在《论确定性》一书中特别提到:“‘我对自己确信有着令人信服的理由。’这些理由使得这种确信客观化。’因为,‘确信某件事情的充分理由并不是由我决定的。’换句话说,由独立于人的主观之外的充分理由使得人对事物的确信具有客观性,而无须借助上帝的眼光或者启示。当人们说某件事情是确实的,他的意思是说‘某件事情在客观上是确实的。’那么,作为一个人来说,如何知道某件事情在客观上是确实的呢?维特根斯坦回答说:‘有无数个我们认为是确实的普遍性经验命题。’举例言之,‘一个这样的命题是,如果某个人的胳膊被割下就永远不会再长出来。另一个命题是,如果某个人的头被割下,他就会死去而永远不会复活。’^[45]还有,‘我们知道地球是圆的。我们确切无疑地相信地球是圆的。’“‘水在100摄氏度沸腾’这个句子也是一样。”^[46]我们如何知道这些命题在客观上是确实的?维特根斯坦进一步指出:

“人们可以说是经验教给了我们这些命题。然而经验并非孤立地教给我们这些命题,而是作为大量相互依赖的命题教给我们这些命题的。如果这些命题是孤立的,我也许可以怀疑它们,因为我没有与之相关的经验。”^[47]

这里所说的“经验”,当然是过去的经验。人们取得知识的来源并不仅仅是每个人的个人经验,也包括别人的经验。“这就是我们获得确信的方式,人们把它称作‘有理由的确信’。”^[48]维特根斯坦还举例说:

“我(L. W.)相信、确信我的朋友在身体或头脑内没有锯末,尽管我没有感官上的直接证据。我

[44] 在此强调“刑事诉讼”,是因为笔者赞同在民事诉讼中实行形式真实发现原则。

[45] [奥]路德维希·维特根斯坦:《论确定性》,张金言译,广西师范大学出版社2002年版,第43页。

[46] 同上书,第46页。

[47] 同上书,第43页。

[48] 同上书,第46页。

相信这一点是根据别人对我讲过的话、我读过的东西和我的经验。对此抱有怀疑在我看来就像失去理智一样,当然这也同别人的意见一致,但是我同意他们的意见。”^[49]

从维特根斯坦对确实性的论证中可以看到,充分而独立于人的主观以外的理由使我们对某一事物的确信具有客观性,而我们能够获得在客观上是确实的命题的原因在于经验积累。许多经验得出的命题是经过反复实验并且经得起再次实验的,它们为我们对某些事物作出判断提供了有用的工具。

刑事司法活动中发现和确认案件事实也是建立在经验基础之上的,近现代科学技术的发展和应用,为我们发现案件的真相提供了更为可靠的手段。案件尽管纷繁复杂,但同类事实的重复性使得人们在办理案件中的经验积累大有可为,《洗冤录》一类的书就是人们长期摸索获得的经验的总结,诸如在“辨四时尸变”中,该书记述:“春三月,尸经两三日,口鼻肚皮两肋胸前肉色微红。经十日,则口鼻耳内有恶汗流出膨胀浮皮。起肥人如此;久病及瘦人,半月后方有此形状。”^[50]在“验火焚辨生前死后”中,又云:“凡生前被火焚死者,其尸口鼻内有烟灰,两手脚皆拳缩。若死后烧者,其尸虽手脚拳缩,口内无烟灰。若不烧着两肘骨,手脚亦不拳缩。”^[51]这些经验为判断具体案件被害人的死亡时间、死因提供了条件。至于现代医学的发展,更为确认案件的某些事实提供了更新、也更精密的手段。

在当前的理论争议中,客观真实论的反对者强调刑事司法运作的时效性,认为在一定时空内是无法查明案件真实情况的。此一观点只注意到一个个具体案件是在相当有限的时空内进行侦查、起诉和审判的,却没有虑及在确认案件事实方面人们长期探索和经验积累所具有的跨越时空限制的连续性,忽视了人们不断积累的经验在确认案件客观真实方面所发挥的作用,忽视了独立于人的主观以外的充分的理由(司法经验、刑事科学技术和证据)使我们对案件事实的确信具有客观性,以及人们确认案件中在法律上有意义的事实的实际能力。

对待人的认识能力,当然应当采取公允的态度。我们须得承认由于主客观条件的限制,不是所有的案件都能够发现真相。在刑事司法中,正是因为不是所有的案件都能够侦破,才有所谓“完美的犯罪”的说法:“一个被称为‘完美的犯罪’的案件,需要满足两个基本条件,一是必须完全达到了犯罪目的,一是犯罪人甚至没有被怀疑过。也许,人们还可以进一步说,案件发生后没有人怀疑到该犯罪已经发生;被害人表面上看去是自然死亡;珠宝似乎是遗失而不是被偷走了。如果是这样的话,则完美的犯罪应当从来没有被记录过——除非犯罪人在自己死后留了一份署名的自白。”^[52]在已经侦破的案件中也不是所有的事实都能够被查清,有的事实,如精神领域的事实、赃款赃物的去向和犯罪发生时的精确时间等,往往难以查清。人的认识能力具有相对性,就是指类似这样的困窘状态。

人们都注意到客观真实论者的某些洋溢着乐观主义的观点具有“绝对化”的倾象,似乎有意或者无意地忽略了一些客观真实论者在不同场合提出的对于人的认识能力有限性的认同。实际上,我国的客观真实论者并非认为在所有的案件中都能查明案件的客观真实,也不认为在案件中对于所有事实、情节都有可能和有必要一一查清。他们强调在刑事诉讼中那些就判决来说具有法律意义的、不可或缺的事实必须查清楚,并且也并不反对根据合理性而对某些事实以推定等方式加以认定,并且在事实处于悬疑状态时以疑罪从无的原则加以处断。客观真实论者也并非不能接受刑事诉讼和民事诉讼在证明标准上应当具有差别的观点;他们所坚持的是,在刑事诉讼中,应当努力去发现案件真相,裁判者就案件作出的判定应当符合实际情况。

人们也忽略了认识相对性的主张者所持的下述绝对化的观点:他们强调在刑事程序中认识案件事实,只能是一个在特定情况下的认识活动,这种认识不可能无休无止,因而不可能永无止境地不断向客观真实推进,这样的认识就是有限而非无限的,因此不能发现案件客观真实。这种强调,忽视了

[49] 同上书,第44页。

[50] [51] 《补注洗冤录集证》,上海锦章图书局印行,第一卷第8页。

[52] Edward Hale Bierstadt, *Curious Trial and Criminal Cases*, Garden City Publishing Company, 1928, p. vii.

在刑事程序中发现的对象具有更加明确的限定性——包括待查证的事实在时间上通常并不是年代久远而容易导致事实湮灭的;查证的事实在空间上也不是难以驾驭的,案件事实发生的空间实际上是有限的,即使是跨国犯罪,具有法律意义的事实的所在地的范围也不是漫无疆界的;待查证的事实是在法律上有实际意义的、特别是在认定案件性质方面有不可或缺作用的实体法上的构成要件事实,而不是全部的事实,即法院只断定处理诉讼所要求的那些起作用的事实。实际上,历史传承和经验积累中的查明案件事实的经验以及发展迅速的现代刑事科学技术都为查明案件的客观真实提供了越来越强有力的支持,这虽然可以被认为只是提高了查明案件客观真实的可能性而不是必然性,但完全无视这种可能性在许多案件中向必然性的实际转化,正是将认识的相对性绝对化的明显症候之一。

认识相对性的绝对化在颠覆人们对于发现案件实质真实的信心起到了重要作用,从而为在诉讼中重程序和轻实体提供了理论支撑,而重形式、轻实质的倾向强化了诉讼的竞技性。如果人们由重视实质真实发现转向重视程序运作的正义性,我们可以得到程序正义而不一定会得到实质正义,其最坏的结果是实质的不正义被人以程序正义掩盖。更为不幸的是,轻视实质真实发现与长期存在的轻视程序的习惯一联姻,实质正义和程序正义就可能双双成为殉葬品。在普通程序简易审和“辩诉交易”等某些“司法改革”中,就是如此。

在我们挥起铁锹准备埋葬客观真实之前,应当三思而后不行。

Abstract : Epistemology of Relativism is popular in current research of evidence law in China , which has made the sense of justice change. Finding substantive truth is deemed to be impossible , so procedural justice has risen beyond substantive justice. Under the influence of this perspective , the suit has become a game in courts whose essence is only the fighting for win or lost rather for right or wrong. When a court is no longer a place to find the truth , a new trend appears to look down upon the litigation procedure , with which simple procedure and plea bargains are introduced frequently. To prevent that the substantial injustice is concealed by the procedural justice , we should review the value of objective truth again.

Key words : epistemology , relativism , judicial game , objective truth
